

Condiciones de las teorías de la pena que permiten la prevención de conductas punibles en marco del posconflicto armado en Colombia^{*}

Conditions of Criminal Theories Allowing Prevention of Criminal Conducts in the Framework of Post-Conflict of Armed Forces in Colombia

Karen Zape Ayala^{**}

Mario Arboleda Salazar^{***}

Citar este artículo como: Zape, K. y Arboleda, M. (2017). Condiciones de las teorías de la pena que permiten la prevención de conductas punibles en marco del posconflicto armado en Colombia. *Revista Verba Iuris*, 12(38), pp. 143-154.

Resumen

El presente artículo, resultado de una investigación socio jurídica, pretende definir de forma clara las teorías de la pena, como finalidades propias del derecho penal, frente a un tema que convoca toda la atención por parte de la sociedad Colombiana, como es el caso del posconflicto armado interno, el cual pone fin a más de 50 años de conflicto entre el Estado Colombiano y la guerrilla de las FARC. Es por esto que la investigación adapta diferentes temas y cuestiona acerca de las finalidades de las funciones de la pena, como medidas preventivas para que no exista la repetición de las conductas punibles, propias de la guerra. Así se desarrolla el escrito, que compone una fase propositiva, una de discusión y las respectivas conclusiones sobre el tema.

Palabras clave: Posconflicto, conflicto armado, paz, prevención, teoría de la pena.

Abstract

This article is the result of a socio-legal research and it aims to define clearly the theories of punishment, as criminal law purposes, facing a topic that summons all the attention on the part of

Fecha de Recepción: 25 de marzo de 2017 Fecha de Aprobación: 7 de mayo de 2017

* Artículo corto, resultado de investigación denominada “Condiciones de las teorías de la pena que permiten la prevención de conductas punibles en marco del Posconflicto Armado en Colombia”, perteneciente al grupo de investigación Derecho, Sociedad y Estado de la Universidad Libre Seccional Pereira – Maestría en Derecho Penal.

** Karen Zape Ayala, Abogada, Ex Joven Colciencias, aspirante al título de magíster.

*** Mario Arboleda Salazar, Abogado y Periodista, aspirantes al título de magíster.

Reception Date: Mar 5, 2017 Approval Date: May 7, 2017

* This is a short article as the result of the research: “The terms of punishment theories that allow the prevention of punishable conduct within the framework of armed post conflict in Colombia”, belonging to the research group Law, Society and State Universidad Libre - Pereira - Master in Criminal Law.

** Karen Zape Ayala, Lawyer, Former Young Colciencias, aspiring to the master's degree.

*** Mario Arboleda Salazar, Lawyer and Journalist, aspiring to the master's degree.

the Colombian society, as it is the case of the Armed Post-Conflict of internal armed forces, which ends more than 50 years of internal conflict between the Colombian State and the FARC guerrillas. This is the reason why the research adapts different issues and questions about the purpose of the functions of punishment, as preventive measures so that there is no repetition of punishable conduct, typical of war. This is how the paper is developed, which comprises a propositional phase, a discussion phase and the respective conclusions on the topic.

Keywords: Post-conflict, armed forces, peace, prevention, criminal theories, penalty theory, punishment theory.

Introducción

Según Aristóteles *“si se piensa que lo justo es lo igual, y así es; pero no para todos, sino para los iguales. Se piensa por el contrario que lo justo es lo desigual, y así es, pero no para todos, sino para los desiguales”* (Morat, 1988).¹

Así mismo, se expresan las funciones estatales como una finalidad del orden legal, que se tengan cubiertas las áreas en las cuales se desarrolla el derecho como ciencia, en el caso de estudio que nos atañe, analizamos lo que pueda pensarse o establecerse como igualdad conforme a la ley, en marco del derecho Penal, donde resalta, la importancia de la función de la pena, frente a nuevos hechos que fortalecen el aspecto sociológico del derecho que penaliza las conductas, en este orden de ideas, cabe resaltar la importancia que le asiste al Estado al momento de promover las leyes y todo lo que surja a partir de su aplicación. Por consiguiente, se pretende indicar que la presente investigación se transversaliza con elementos esenciales de la justicia transicional frente al posconflicto.

Éste escrito, producto de investigación en desarrollo, pretende generar un análisis e investigación sociojurídica, orientada a resolver el problema de las funciones de la sanción en el modelo de justicia transicional, implementados en concordancia con el proceso de paz y los mandamientos legales nacionales e internacionales. plantea además algunos elementos que, conforme a la actualidad, puedan ser aplicable a la realidad socio jurídica de Colombia.

Así mismo, generar unas herramientas académicas para ser recomendadas al gobierno, tanto ahora, en marco del actual proceso de paz, como, en cualquier acuerdo futuro entre gobierno y grupos armados al margen de la ley, en relación específica a las funciones y finalidad de la pena, en concordancia de las normas internacional.

Planteamiento del problema

Conforme al proyecto investigativo principal, se ha planteado la siguiente pregunta de investigación: ¿Qué condiciones contienen las teorías de la pena, que permiten la prevención de conductas punibles en el marco del posconflicto armado en Colombia?

Objetivo

Dentro de la estructura del presente constructo teórico se determina el siguiente objetivo general “determinar las condiciones que contienen las teorías de la pena que permitan generar la prevención del delito en marco del posconflicto armado colombiano”.

Metodología

El fundamento epistemológico planteado en éste artículo, se centra principalmente en la propuesta de la escuela de Frankfurt Crítico-Social (Toro, 2014)², toda vez que se tendrá en cuenta la relación del sujeto con el

objeto, siendo el sujeto cognoscente parte de la realidad social, relación que se da a partir de la pertenencia, la identidad cultural y condiciones sociales similares, aquí el sujeto y el objeto establecen una relación horizontal, de diálogo. Respecto a los supuestos teóricos, se referirá básicamente a los elementos de la teoría social que permiten interpretar las condiciones de la comunidad, en este sentido, se determinará las condiciones de las teorías de la pena que permiten la prevención de conductas punibles en marco del posconflicto armado en Colombia.

Discusión

Se aborda la discusión o teorización del presente escrito, de acuerdo con cuatro núcleos esenciales que conceptualizan las ideas de la investigación, la primera de ellas es el posconflicto y cómo el mismo influye en las decisiones jurídicas y establecen componentes normativos que antes no se trataban o consideraban en el país, además, se desarrollan como segunda mediada, las funciones de la pena, explicando sus alcances o influencias, las cuales fortalecen de manera directa el derecho penal. A su vez, como un tercer elemento, se tiene la función preventiva de la pena, función que convoca toda la atención del presente escrito, dadas las necesidades y el entorno de la pena cuando ésta se previene y por último, se plantea un ideal de promoción de políticas públicas por medio de las cuales se prevengan los delitos atroces y se resocialicen adecuadamente los entornos y las culturas de aquellos involucrados en el conflicto para que dicho fenómeno no se repita más.

Posconflicto y Víctima

Colombia es “*un país multicultural, lleno de contrastes sociales y políticos*” (García, 2002)³, el conflicto armado interno del país, remonta una historia que se da desde la década de los 50 y todo se da desde las necesidades sociales

insatisfechas, que resultan ser la base de lo que ocurría con relación a lo que los ideales de los guerrilleros incluían en sus discursos y convencimientos de masas cuando iniciaron la mal llamada guerra fría, la cual es un resultado consecuentes, pero a la vez violentos y macabros.

El gobierno no supo como impactar de manera positiva lo que ocurría con relación a la prevención del conflicto y el resultado apenas lógico, de acuerdo con el estudio realizado por Alejandra Torres Pachón “*comprueba que en Colombia la desatención de los fenómenos que desencadenan en violencia, generan más violencia*” (2015)⁴. De acuerdo con las cifras y resultados de investigaciones sobre atención a víctimas de la ONG Forjando Futuros “*la víctimas del conflicto armado interno, merecen una absoluta protección estatal, dadas las circunstancias en las cuales se han victimizado los derechos fundamentales; sus antecedentes se encuentran desde los diferentes pactos de prevención, promoción y protección de los derechos humanos*” (Forjando Víctimas, 2015)⁵, pues era de común ocurrencia que como resultado de las guerras que tenían como finalidad conquistar territorios, los vencedores utilizaran a los vencidos para diferentes tratos crueles e inhumanos.

En un desarrollo más reciente, se observa como durante la Primera Guerra Mundial en Europa las víctimas como resultado del hambre y la inseguridad desatada con el conflicto, “*se desplazaban hacia las fronteras donde eran secuestradas y trasladadas a otros países para ser explotadas y peor aún, siendo doblemente victimizadas en los episodios del posconflicto como una evidencia recurrente*” (González, 2012)⁶ de los hechos más significativos de la historia, donde se cuentan con diferentes aspectos de reconocimiento por parte del Estado.

Ahora bien, siguiendo la tesis de Joaquín González Ibáñez, dentro del marco constitucional

y administrativo, desde los antecedentes iniciales de reconocimiento de derechos a víctimas, se pudo detectar que el mismo tema tenía la connotación de trascender en su alcance las fronteras de los países, pues por lo general *“las víctimas se ven envueltas en diversos momentos del conflicto, cuando pertenecen al Estado generador del mismo, siendo necesarios los mecanismos internacionales de protección de los derechos fundamentales, de lo cual se sustraen diferentes acápites de reconocimiento en la Haya”* (Ibid. González)⁷, frente pactos de protección a derechos fundamentales e investigando la postura de Alessandro Portelli se determina que en América Latina, el conflicto armado es un fenómeno social e indica que;

<En Colombia, los tratados internacionales tienen vigencia a condición de que hayan sido aprobados por una ley de la República, como lo dispone el ordinal 18 del artículo 76 constitucional. (...) No lo son los convenios de La Haya ni los protocolos adicionales. Por otro lado, el artículo 121 constitucional en su primer inciso trae una expresión que es letra muerta hasta la fecha. Indica la disposición que el presidente durante estado de sitio tiene, además de las facultades legales y las que la Constitución establece para tiempos de guerra o de perturbación de orden público, “las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones”>. (Portelli, 1990)⁸

En el ámbito legislativo colombiano y con relación a la temática inherente al reconocimiento de perjuicios causados a las víctimas se tienen como antecedentes lo dispuesto en el Código Civil Colombiano que permite la aplicación de sus preceptos para estos casos, en este sentido se observan los artículos 1494, 2431, y además de ello, la Ley 600 de 2000⁹, dispuso la procedencia del ejercicio de la acción civil para obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con la comisión de un delito, los cuales procedían ante la jurisdicción civil.

Como una de las consecuencias de la falta de presencia del Estado en buena parte el territorio nacional, surgieron los grupos de autodefensa para suplir las escasas garantías en la salvaguardia de la propiedad por parte de la fuerza pública. Con el tiempo, estos grupos paramilitares incurrieron en prácticas como el narcotráfico y el desplazamiento de la población civil de sus tierras. Debido al poder económico, derivados de la producción y tráfico de drogas, al igual que del manejo de grandes extensiones de tierra, empezaron a infiltrar la sociedad en las esferas políticas, sociales y económicas, creando una especie de estado paralelo que fue, como el lógico, combatida por las fuerzas legales del Estado y que resultaron en enfrentamientos que dejaron millones de víctimas. Uno de los efectos de la problemática paramilitar en Colombia, fue la expedición de ley 975 de 2005 que, constituye tal vez, el antecedente más representativo en cuanto a normatividad dentro del ordenamiento jurídico colombiano en lo que tiene que ver con justicia transicional. Esta ley encontró sus bases en la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación para las personas víctimas de los grupos paramilitares como consecuencia de los crímenes de guerra y lesa humanidad; y consagró, según la exposición de motivo de dicha ley:

(...) instrumentos que tienden al desmonte efectivo de estos grupos, mediante la entrega de valiosa información, la identificación de cuerpos y fosas comunes, la devolución de bienes arrebatados por la fuerza a los campesinos, la colaboración con la justicia y la aplicación de sanciones –de distinto tipo–. (Exposición de Motivos Proyecto de Ley de Justicia y Paz, 2004)¹⁰

Con la expedición de la Ley 1148 de 2011 y la reforma procedimental penal que se generó en Colombia con un cambio total frente a la consideración de las víctimas:

ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas

*judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 30 de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales (Ley 1448, 2011)*¹¹

A su vez, en el marco del proceso de paz que se surte en Colombia desde hace algunos años se ha evidenciado esfuerzos de la ley y la jurisprudencia por establecer de manera concreta el concepto de víctima y la procedencia para proceder a efectivizar uno de los principios que integran las teorías de Justicia Transicional, como es la reparación, y es así como la Ley 1448 de 2011, definió como víctima:

*ARTÍCULO 3°. VÍCTIMAS. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. (...) La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima (Ley 1448, 2011).*¹²

En desarrollo de la precitada norma y de lo consignado en la Ley 1148 de 2011, se dispone de manera expresa la obligación que existe por parte de las autoridades estatales, de disponer las acciones necesarias para obtener la reparación integral a las víctimas. Asimismo que se generen incertidumbres acerca del reconocimiento al derecho a la educación de las víctimas y si éste opera de manera efectiva hacia la consecución de una verdadera

reparación integral y promoción de los mismos derechos humanos partiendo de la publicidad a los programas de educación, capacitación y formación enmarcados dentro de la Ley de Víctimas, así como el seguimiento que realiza el gobierno a las personas que ingresan a estos, para determinar la eficacia de las medidas reparadoras en tal sentido y del éxito en la consolidación de proyectos productivos que permitan el mejoramiento de la calidad de vida los afectados. Igualmente, que se tenga en cuenta que a partir de la Constitución de 1991 que consagra a Colombia como un Estado social y de derecho; tanto la ley, como las actuaciones administrativas deben estar sujetas a los preceptos constitucionales que permitan el goce y la protección efectivas de los derechos humanos,

Funciones de la Pena

Cuando se analizan las normas, como un todo, es necesario indicar las particularidades de los casos concretos, así, y teniendo en cuenta el concepto del tratadista Cordini es posible indicar que *“todo aquel que se inicia en el estudio de Derecho penal, una de las primeras cuestiones que aborda es la discusión en torno a los criterios fundadores de la pena, mal llamados “teorías de la pena” puesto que no constituyen modelos explicativos.”* (Cordini, 2014)¹³, en el texto, Cordini sugiere, que no se deben ver las teorías de la pena como un todo, sino como modelos particulares de adecuar las sanciones de las normas penales, puesto que se tratan de formas, en las cuales, los legisladores plasmaron idearios de modificar las conductas y por tanto, aunque se usan y han dado resultado es normal pensar que dicho modelo funciona y es el adecuado; así, pues siguiendo la línea de Cordini se explica que *“según las teorías relativas, se pena para que no acontezca ningún ilícito. La pena está condicionada a través de determinadas necesidades sociales, ya sea en dirección a una influencia positiva en el*

autor o de otros miembros de la sociedad” (Ibid., Cordini) ¹⁴, según la anterior cita, el modelo de prevención de las normas funciona de acuerdo a un abordaje que resulta de estudiar los miembros de una sociedad que convierten y transforman sus necesidades en determinadores de conducta, según Kant *“la simple idea de una constitución civil entre los hombres envuelve ya la noción de una justicia penal en manos del poder supremo”* (Kant, 1980)¹⁵ lo cual resulta, de manera absoluta, vinculante para la investigación del presente caso dado que de acuerdo con lo evaluado y teniendo en cuenta la percepción del tratadista Durán *“pena y la forma de plantear su justificación, su función así como los fines que se le atribuyan, resultan de una importancia fundamental para el Derecho penal y la forma de enseñanza y aplicación del sistema del Derecho penal”* (Durán, 2009) ¹⁶ Siendo una consecuencia apenas lógica el pensar que, las funciones de la pena constituyen un fin, pero se construyen a partir de unos medios, dados desde la explicación de los fenómenos penales siguiendo la teoría de Durán, *“debe tenerse en cuenta que, a lo largo de la historia del Derecho penal, son múltiples las doctrinas que han intentado dar una respuesta, de acuerdo a su época y sus valores, acerca del fin, el fundamento y los objetivos de la pena.”* (Ibid, Durán) ¹⁷ por tanto que se considere como una lucha histórica, para indicar que existen modelos de la pena que han evolucionado y se aplican con forme a las necesidades que imperan de acuerdo con lo apremiante de las situaciones y los contextos de las sociedades.

En éste orden de ideas, es importante conocer la posición del analista del derecho Ugarriza, con relación a los fenómenos y a la garantía de las penas, dado que, visto desde el fenómeno del posconflicto y acercando la idea de la investigación a las personas que hoy en día comienzan a ser excombatientes es importante considerar que *“la reintegración de excombatientes a la vida civil es que el*

énfasis en la necesidad de reintegrarlos en un mercado y a un cuerpo social ha soslayado la importancia de hacerlo en un sistema político”. (Ugarriza, 2013) ¹⁸ a su vez, de la tarea que existe para el gobierno colombiano frente a *“los retos políticos del postconflicto no se limitan a la atención específica a victimarios y su relación con las víctimas, sino que implican reconstituir la relación política de estos grupos con el resto de la sociedad”* (Ibid. Ugarriza) ¹⁹ y dejando claro que en Colombia el Congreso de la República debe trabajar arduamente por proponer un modelo que obtenga un *“resultado del diseño institucional y direccionamiento de la cultura política instaurados para la etapa de postconflicto determina las formas y opciones de reintegración política de excombatientes, reconciliación política y participación ciudadana en la construcción de un sistema democrático estable y legítimo.”* (Op. Ugarriza)²⁰ para que así, las funciones de la pena, cumplan con los presupuestos necesarios y establecidos desde las normas, desde la creación de políticas públicas de prevención, que sean políticas que a su vez garanticen la no repetición de conductas atroces y que además promuevan ambientes estructurados de normas que catalicen las necesidades de los asociados.

Asimismo, se tuvo en cuenta la posición de Szczeranski, el cual hace un análisis de las políticas criminales en latinoamérica y comparte los resultados de sus estudios en diferentes países y expresa que *“al compaginar política criminal con dogmática, esto favorece que las valoraciones de la primera penetren en el sistema de la segunda, y buscando con ello que la dogmática sea sensible a la “realidad social”* (Szczeranski, 2014)²¹ deduciendo entonces de lo anterior que las normas son un resultado de un sistema que se construye a partir de necesidades sociales insatisfechas y toda la fuerza que se da a la realidad social como fenómeno de conductas, por último que se resalte la contravención que Szczeranski tiene acerca de

la función retributiva de las penas al expresar que *“luego –y como lo adelantamos con Schünemann–la pena no reprocha, ni su esencia es retributiva”* (Ibid., Szczaranki)²² lo cual hace que se reflexione sobre el modelo retributivo, el cual debería a criterio del grupo de investigación, ser más preventivo.

Función Preventiva de la Pena

La función preventiva de la pena, está prevista en Colombia desde los principios del Derecho Penal, según el tratadista del derecho Jakobs, citado en la investigación de Herrera, *“la pena cumple una función preventiva en la medida que protege las interacciones sociales, el modelo de orientación que se ve cuestionado con el delito”* (Herrera, 2016)²³ lo cual quiere decir, que *“los destinatarios de la pena (de la acción comunicativa de la pena) son todos los hombres, quienes no podrían vivir sin interacciones sociales”*. (Ibid. Herrera)²⁴

En éste orden de ideas se tiene que las penas tienen unas determinadas acciones, por medio de las cuales *“Así, la acción comunicativa de la pena les proporciona un modelo de orientación.”* (Op., Herrera)²⁵ también se explica que *“con frecuencia se habla del aumento de las conductas delictivas, se escucha decir a las autoridades encargadas de mantener el orden público y social, que hay que reprimir esas conductas por medio de las sanciones que la ley penal ofrece”*. (Morales, 2009)²⁶ de acuerdo con Morales todo se basa en el principio de la prevención de las normas, *“el principio de la prevención general como función de la pena y según el cual el castigo impuesto a los delincuentes puede disuadir la conducta de otras personas o impedir que se infrinja la ley, es un fundamento clásico de la teoría penal”* (Ibid., Morales)²⁷ Morales explica que las funciones preventivas de las normas están establecidas para que los asociados respeten, acaten y regulen las diferentes actividades que sirvan

como elementos de persuasión frente a las necesidades de las personas, para que éstas no cometan delitos.

No obstante lo anterior, se tienen las posturas de Durán y Huertas, los cuales en sus investigaciones plantean que *“la retribución y la prevención son los dos fundamentos acerca de los fines de II la pena estatal que, históricamente, se han mantenido en permanente pugna”*. (Durán, 2011)²⁸ también se explica que, *“desde la perspectiva jurídico-penal, existe pleno consenso en que la fundamentación ética de la retribución más absoluta es la propuesta por este brillante filósofo alemán”*. (Ibid. Durán)²⁹ y en contrapropuesta, Huertas explica que en el derecho penal *“existen vulneraciones a Derechos fundamentales dentro de las instituciones carcelarias y penitenciarias”* (Huertas, 2015)³⁰ las cárceles son la muestra palpable que las normas no deben llegar a los extremos de las correccionales para mejorar sus conductas, las normas pueden prevenir y sobre todo cumplir con los fines esenciales del Estado, que en Colombia se plantean desde el artículo 2.

A su vez, se tienen las teorías de Rotaru, Miró y Cárdenas, allí se indica que la *“La función de la pena se funda en un exigencia intercondicionada (Rotaru, 2002)³¹ una exigencia intercondicionada según el autor plantea que las normas no nacen solas, sino que por el contrario parten de un “planteamiento general es que la ciencia criminológica está desaprovechada por los poderes públicos y la propia sociedad. (Miro, 2012)³² históricamente se consideró que las penas corresponden a un “medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el derecho”. (Cárdenas, 2012)³³ y que existen unos justificantes normativos que explican que “la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad” (Ibid., Cárdenas)³⁴ explicando que “Platón consideró que: nemo prudens*

punit, quia peccatum est, sed ne peccet; ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque” (Op., Cárdenas)³⁵ siendo entonces la base del principio de la prevención que las normas son en sí mismas, reglas que ayudan a los asociados del Estado, para que no cometan delitos, más no para que sean altamente procesados frente a sus penas cuando cometen delitos.

Eficacia de las Políticas Públicas de Prevención de Penas y Resocialización

La eficacia de las normas debe ser vista desde las posturas del tratadista Hans Kelsen, altamente evaluado por los estudiosos del derecho con relación a las verdaderas implicaciones de las leyes con relación a los supuestos que las mismas tienen frente a la relación con los sujetos o asociados del Estado, con relación a éste tema, se tiene la postura de Sáenz, el cual indica que la eficacia de una norma se *“sustenta desde un discurso resocializador, con el objetivo de promover la discusión a este respecto y, en consecuencia, redimensionar tal concepto en función del máximo respeto a los derechos humanos de las personas.”* (Sáenz, 2007)³⁶ de acuerdo con Sáenz, las normas traen consigo una construcción política *“Ahora bien, aceptar la resocialización como principio rector de la ejecución penal no significa en absoluto legitimar la pena”* (Ibid., Sáenz)³⁷, Retomando entonces, el punto de vista de Sáenz, es posible inferir que la construcción de las normas no obedece a caprichos del legislador, sino por el contrario a un ejercicio resocializador y ordenado de necesidades.

Por otra parte, dentro del constructo teórico se evaluó la postura del tratadista González, el cual indica que el Derecho Penal, como una necesidad legislativa, tiene diferentes esquemas de conveniencia y *“de esta manera, lo que en estos momentos se observa es un derecho penal*

excesivamente engrandecido en su órbita de aplicación” (González, 2000)³⁸ *“Lo inadmisibles fue la existencia de un derecho penal al servicio de los fines políticos y económicos de una clase dominante y no al servicio del ser humano individualmente considerado y de la sociedad”* (Ibid., González)³⁹, según González, las normas se deben ver como un todo dentro de la aplicación de sus principales consecuencias, para tal fin, es necesario convocar la atención del legislador en debates que pasen del enfoque netamente jurídico, sino más bien desde lo social.

Al respecto, se tienen en cuenta diferentes consideraciones que son citadas a partir lo preceptuado por las Altas Cortes del País, con relación al tema de la construcción de una política seria en materia de principios y normas, se tiene en el fallo 33254 de la Corte Suprema de justicia que *“el derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad”* (CSJ 33.254, 2013)⁴⁰ siendo entonces una consecuencia del derecho penal la protección de los bienes jurídicos.

Sin embargo, también se evalúan los fallos 43.369, 40.382 y 43.346 *“en tanto que con su aplicación se pretende precaver la afectación futura de bienes jurídicos concretos mediante la restricción de un derecho o prerrogativa”* (CSJ 46.369, 2015)⁴¹ *“art. 4º del CP, en la prevención (general y especial), la retribución justa, la reinserción social y la protección del condenado”*. (CSJ 40.382, 2015)⁴² *“la prevalencia de este derecho sobre el principio de legalidad de la pena”* (CSJ 43.346, 2015)⁴³ estos fallos sitúan la principal consecuencia del derecho penal en reconocer que se debe trabajar en precaver eventuales afectaciones a los bienes jurídicos tutelados por el régimen de las penas, por tal motivo se trabaja en la reinserción social.

Más aún, se establecen las necesidades de crear políticas públicas que impacten de

manera directa sobre la prevención y en estos casos enfocados desde las penas que se dan a partir del análisis del posconflicto *“la necesidad de legislar conforme a unas necesidades sociales que garanticen a los sujetos del proceso, estabilidad”* (CSJ 34.962, 2012)⁴⁴ así se tiene también el *“deber de consultar previamente las necesidades sociales”* (CSJ 34.962, 2012)⁴⁵

Como un último análisis, se tiene el fallo constitucional C-596 de 1993, en él, la Corte establece importantes argumentos sobre la efectividad de las políticas públicas con relación a la función de la pena, inicialmente se tiene que *“la función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación.”* (CC 596, 1993)⁴⁶ por consiguiente que se indique la *“función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones)”* (CC 596, 1993)⁴⁷; las sanciones son necesarias, pero *“su rigor se endereza a evitar la consumación de nuevos hechos delictivos”* (CC 596, 1993)⁴⁸ siendo entonces un resultado de la construcción de normas ordenada y vista desde la proyección social de la prevención.

Por consiguiente, el Estado debe fortalecer el entorno en el cual se tenga un “adecuado sistema de política criminal que debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección (CC 596, 1993)⁴⁹ la función preventiva es entonces el centro de las necesidades legislativas, es un fin construido desde los estudios sociales y es a su vez *“una de las formas, quizá la más idónea para asegurar los fines del Estado, sea la de garantizar la convivencia pacífica, la cual se logra a través de la prevención y represión”* (CC 596, 1993)⁵⁰ considerando entonces, que las normas como un todo responden a la necesidad de prevenir los fenómenos sociales y con un mayor motivo frente al posconflicto en Colombia, se deberán propiciar espacios para prevenir en vez de castigar.

Conclusiones y Sugerencias

Colombia desde hace décadas, es el epicentro de uno los conflictos armados de mayor complejidad evidenciados en el hemisferio occidental y que ha sido caracterizado por la diversidad de actores armados que han tomado un papel de relevancia a lo largo de su historia.

Pese a que aún el contexto de violencia producto de esa coyuntura no ha sido resuelto en su totalidad, sí ha evidenciado la desmovilización, desarme y reintegración a la vida civil de muchos grupos armados ilegales a lo largo de las últimas décadas. Éste análisis muestra un recuento de los principales antecedentes históricos frente a esta materia y resalta los mayores desafíos que aún existen frente a iniciativas de concertación pacífica encaminada a la consecución de un escenario real de posconflicto armado en el contexto colombiano.

En éste orden de ideas, se pudo establecer que el proceso de paz colombiano en todo su contexto, hace parte de un sistema global que debe satisfacer integralmente la realidad socio jurídica del país, motivo por el cual se deben estudiar las condiciones de la pena, frente a las funciones que teóricamente se han desarrollado en materia penal.

Por consiguiente, las funciones preventivas de las penas se ajustan a las necesidades sociales del posconflicto dado que los estándares apropiados para circunstancias extraordinarias, pretenden realizar y generar un análisis crítico pero constructivo, con el fin de comprender y fortalecer la implementación del modelo de justicia transicional aplicado al posconflicto en Colombia.

Siendo así, la prevención del delito frente a la creación de políticas, la tarea real que debe ejercer el legislador junto con el esquema de prevención de los delitos, dado que el enfoque

principal de las teorías acerca de las funciones las penas, son aquellas que previenen las conductas que generan más daños sociales.

Referencias bibliográficas

Se relacionan, en orden de citado, las referencias consultadas que hacen parte integral del estado del arte y de la bibliografía del presente Artículo de Investigación.

Notas

- 1 Morat, R; (1988). Evaluación de la teoría social de Aristóteles () 12. Recuperado de <http://jb.asm.org/content/186/7/2164.short>
- 2 Toro I; (2006). Método y conocimiento: metodología de la investigación cualitativa/investigación cuantitativa. () 46. Recuperado de https://books.google.com.pe/books/about/M%C3%A9todo_y_conocimiento.html?hl=es&id=4Y-kHGjEjy0C
- 3 García G; (2001). Yo no vengo a decir un discurso. () 43. Recuperado de <https://www.casadellibro.com/libro-yo-no-vengo-a-decir-un-discurso/9788439723530/1807529>
- 4 Torres Pachón, A., Jiménez Urrego, Á. M., Wilchez Bolaños, N., Holguín Ocampo, J., Rodríguez Ovalle, D. M., Rojas Velasco, M. A... Cárdenas Posada, D. F. (enero-junio, 2015). Psicología social y posconflicto: ¿reformamos o revolucionamos? *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 6(1), 176-193.
- 5 Forjando Víctimas. (2015). Construcción y proyectos de las víctimas del conflicto armado interno Recuperado de: <http://forjandofuturos.org/fundacion/index.php/proyectos/victimas-del-conflicto-armado>
- 6 González J. (2012). Las políticas públicas de Derechos Humanos como catalizadores del Desarrollo. () 122. Recuperado de <http://uax.academia.edu/JoaquinGonzalezIbanez>
- 7 Gonzalez J. (2012). Las políticas públicas de Derechos Humanos como catalizadores del Desarrollo. () 122. Recuperado de <http://uax.academia.edu/JoaquinGonzalezIbanez>
- 8 Portelli A. (1990). Archivos y memoria de la represión en América Latina (1973 – 1990) . () 29. Recuperado de https://books.google.com.co/books?id=cJnuDQAAQBAJ&pg=PT121&dq=alesandro+villa+derechos+humanos&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjx-cPq_5rSAhWIwiYKHZWhDegQ6AEIGDAA#v=onepage&q=alessandro%20villa%20derechos%20humanos&f=false
- 9 Congreso de la República. Ley 600 del año 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
- 10 Congreso de la República. Ley 975 del año 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.
- 11 Congreso de la República. Ley 1448 del año 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.
- 12 Congreso de la República. Ley 1448 del año 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.
- 13 Cordini S. (2014) La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* no.43 Recuperado de Valparaíso dic. 2014 http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&p_id=S0718-68512014000200019
- 14 Cordini S. (2014) La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* no. 43. Recuperado de Valparaíso dic. 2014 http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&p_id=S0718-68512014000200019
- 15 Kant, I., MdS (1980) , cit. (n. 5), p. 362.
- 16 Duran; M. Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional, *Polít. crim.* vol.4 no.8 Santiago dic. 2009 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000200001> *Polít. crim.* Vol. 4, N° 8, (Diciembre 2009), Art. 1, pp. 266-291 (1-26). Recuperado de

- [http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A1.pdf]
- 17 Duran; M. Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional, *Polít. crim.* vol.4 no.8 Santiago dic. 2009 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000200001> *Polít. crim.* Vol. 4, N° 8, (Diciembre 2009), Art. 1, pp. 266-291 (1-26). Recuperado de [http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A1.pdf]
 - 18 Ugarriza, J E; (2013). La dimensión política del postconflicto: discusiones conceptuales y avances empíricos. *Colombia Internacional*, () 141-176. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81226288006>
 - 19 Ugarriza, J E; (2013). La dimensión política del postconflicto: discusiones conceptuales y avances empíricos. *Colombia Internacional*, () 141-176. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81226288006>
 - 20 Ugarriza, J E; (2013). La dimensión política del postconflicto: discusiones conceptuales y avances empíricos. *Colombia Internacional*, () 141-176. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81226288006>
 - 21 Szczaranki F; (2014) El Rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa. *Revista Ius Et Praxis* 171-203. Colombia. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v21n1/art06.pdf>.
 - 22 Szczaranki F; (2014) El Rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa. *Revista Ius Et Praxis* 171-203. Colombia. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v21n1/art06.pdf>.
 - 23 Herrera M; (2016) La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano. () 1-17. *Polít. crim.* vol.11 no.21 Santiago jul. 2016. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&id=S0718-33992016000100009
 - 24 Herrera M; (2016) La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano. () 1-17. *Polít. crim.* vol. 11 no. 21 Santiago jul. 2016. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&id=S0718-33992016000100009
 - 25 Herrera M; (2016) La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano. () 1-17. *Polít. crim.* vol.11 no.21 Santiago jul. 2016. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&id=S0718-33992016000100009
 - 26 Morales H; (2009) La función preventiva de la pena y sus elementos, UAC, Recuperado de https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-9-no-1/editorial.pdf
 - 27 Morales H; (2009) La función preventiva de la pena y sus elementos, UAC, Recuperado de https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-9-no-1/editorial.pdf
 - 28 Durán M; (2011) teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. *revista de filosofía volumen 67*, (2011) 123 – 144. recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&id=s0718-43602011000100009
 - 29 Durán M; (2011) teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. *revista de filosofía volumen 67*, (2011) 123 – 144. recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&id=s0718-43602011000100009
 - 30 Huertas O; (2011) Sistema penal y hacimiento carcelario Análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones colombiana. *Rev. Jur. Der.* v.2 n.3 La Paz dic. 2015. Recuperado de http://www.revistasbolivianas.org.bo/scielo.php?pid=S2413-28102015000200003&script=sci_arttext
 - 31 Rotaru C; (2002). El fundamento de la pena en las teorías modernas. Recuperado. www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext

- 32 Miró F; (2012) Aumentar las penas no es la solución para prevenir el delito, hay que educar a la víctima potencial. Recuperado de <http://www.diarioinformacion.com/elche/2012/02/19/aumentar-penas-solucion-prevenir-delito-hay-educar-victima-potencial/1225215.html>
- 33 Cárdenas M; (2012) Las teorías de a pena y su aplicación en el código penal. Recuperado de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm>
- 34 Cárdenas M; (2012) Las teorías de a pena y su aplicación en el código penal. Recuperado de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm>
- 35 Cárdenas M; (2012) Las teorías de a pena y su aplicación en el código penal. Recuperado de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm>
- 36 Sáenz R; (2007) El Discurso resocializador. Rev. Ciencias Sociales. ISSN 0482-5276 () 125-136. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/153/15311510.pdf>
- 37 Sáenz R; (2007) El Discurso resocializador. Rev. Ciencias Sociales. ISSN 0482-5276 () 125-136. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/153/15311510.pdf>
- 38 González L; (2007) Situación penitenciaria y pena privativa de la libertad. () 12. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>
- 39 González L; (2007) Situación penitenciaria y pena privativa de la libertad. () 12. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>
- 40 Corte Suprema de Justicia. Colombia. (2013). Sentencia sobre funciones preventivas del derecho penal. Recuperado de [190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../33254\(27-02-13\).doc](http://190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../33254(27-02-13).doc)
- 41 Corte Suprema de Justicia. Colombia. (2015). Sentencia sobre Derecho Penal. Recuperado de [190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../SP12043-2015\(46390\).doc](http://190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../SP12043-2015(46390).doc)
- 42 Corte Suprema de Justicia. Colombia. (2012). Sentencia sobre Derecho Penal. Recuperado de [190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../SP14842-2015\(43436\).doc](http://190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../SP14842-2015(43436).doc)
- 43 Corte Suprema de Justicia. Colombia. (2012). Sentencia sobre Derecho Penal. Recuperado de [190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../SP14842-2015\(43436\).doc](http://190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../SP14842-2015(43436).doc)
- 44 Corte Suprema de Justicia. Colombia. (2012). Sentencia sobre Derecho Penal. Recuperado de [190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../SP14842-2015\(43436\).doc](http://190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../SP14842-2015(43436).doc)
- 45 Corte Suprema de Justicia. Colombia. (2012). Sentencia sobre Derecho Penal. Recuperado de [190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../SP14842-2015\(43436\).doc](http://190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/.../SP14842-2015(43436).doc)
- 46 Corte Constitucional Colombia. (1993). Sentencia sobre Determinación de la pena. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>
- 47 Corte Constitucional. Colombia. (1993). Sentencia sobre Determinación de la pena. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>
- 48 Corte Constitucional. Colombia. (1993). Sentencia sobre Determinación de la pena. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>
- 49 Corte Constitucional. Colombia. (1993). Sentencia sobre Determinación de la pena. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>
- 50 Corte Constitucional. Colombia. (1993). Sentencia sobre Determinación de la pena. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>